

Traducción de
WENCESLAO ROCES

Introducción a la Filosofía del Derecho

por GUSTAV RADBRUCH



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO-ARGENTINA-BRASIL-COLOMBIA-CHILE-ESPAÑA
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA-GUATEMALA -PERÚ-VENEZUELA

más tarde habría de llevar a cabo Rudolf Stammler, con su *Teoría del Derecho justo* (1902).

BIBLIOGRAFÍA: Wieacker, *Rudolph von Jhering*, 1942.

§ 6. LOS PROBLEMAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

I. La historia de la filosofía es, al mismo tiempo, la historia de sus diversos problemas. Nota común a estos problemas es siempre la de que todos ellos versan en torno a lo que los hombres, con arreglo al espíritu de cada época, consideran como sus preocupaciones más serias, más profundas y más altas. En la época de predominio de las ciencias naturales, en la época del positivismo, asignábase a la filosofía, por tanto, la misión de armonizar en un sistema único y exento de contradicciones los últimos conocimientos de las ciencias empíricas. De aquí que la teoría general del Derecho, la historia universal del Derecho y la sociología jurídica pasaran por ser, a la sazón, las llamadas a sustituir a la filosofía, cuando no se las consideraba como la filosofía misma. Ante el estremecimiento de nuestro sistema de los valores, se comprende que nos sintamos, hoy, especialmente inclinados a concebir la filosofía como la ciencia de los valores, como la ciencia del deber ser. Es esta clase de filosofía la que en la lógica nos enseña a pensar concretamente, en la ética a obrar bien y en la estética a sentir como es debido. A tono con esta concepción, se ha considerado la filosofía del Derecho como "la *teoría del Derecho justo*" (Rudolf Stammler). Trata, por tanto, de los valores y las metas del Derecho, de la idea del Derecho y del Derecho ideal, encontrando su complemento en la política jurídica, la cual versa sobre las posibilidades de convertir ese Derecho ideal en realidad.

II. Las ciencias empíricas tienen por objeto lo que es, lo que ha sido, lo que deviene. La filosofía, por el contrario, recae sobre los valores, sobre el deber ser. Las ciencias empíricas investigan las leyes naturales, las leyes que establecen lo que acaece inevitablemente; la filosofía del Derecho indaga las leyes valorativas, las normas que proclaman lo que debe acaecer, aunque no siempre, por desgracia, acaezca. Kant ha enseñado que es imposible derivar los valores de la realidad, cimentar el deber ser sobre lo que es, trocar las leyes naturales en verdaderas normas. La rectitud de una conducta no puede basarse inductivamente en hechos empíricos, sino que tiene que derivarse deductivamente de valores superiores, remontrándose en última instancia a los valores últimos y supremos. El reino de los valores y el mundo de los hechos coexisten como dos órbitas paralelas, sin entrecruzarse. Esta relación entre el valor y la realidad, entre el ser y el deber ser, es lo que se llama el *dualismo metodológico*.

III. La teoría del Derecho justo fué conocida durante siglos y milenios con el nombre de *Derecho natural*. En la Antigüedad, esta idea descansaba sobre el antagonismo entre la naturaleza y la convención (Aristóteles); en la Edad Media respondía a la antítesis entre el Derecho divino y el Derecho secular (Santo Tomás de Aquino); en los tiempos modernos tiene por fondo la antinomia entre la razón y el orden coactivo (Hugo Grocio, Rousseau).

El moderno Derecho natural basa sus postulados en la teoría del "contrato social". No debe verse en éste un hecho real, sino simplemente una pauta ficción. No debe considerársele como un contrato realmente concertado, sino como una pura construcción conceptual, como un concepto a que se recurre para contrastar la rectitud de los órdenes estatales y jurídicos: serán buenos y justos *aquel* Estado y *aquel*

orden jurídico de los que es posible pensar que han nacido del libre convenio de los individuos que lo forman. El contrato social es una forma del pensamiento jurídico individualista: el Estado y el orden jurídico sólo pueden concebirse como obra de un contrato entre individuos siempre y cuando que respondan a los intereses individuales de todos ellos. El pensamiento individualista del contrato social fué, en su tiempo, un pensamiento revolucionario; bajo esta forma, triunfó en la Revolución Francesa la idea individualista del Derecho y el Estado. Con el retroceso de la época de la Restauración terminó también el reinado del Derecho natural, que fué sustituido por el reinado de la escuela histórica.

El Derecho natural acusa, en los tres períodos históricos señalados, los siguientes rasgos comunes:

- 1) El Derecho natural es, como la naturaleza, como Dios y como la razón, inmutable y absoluto, común a todos los tiempos y a todos los pueblos.
- 2) El Derecho natural es clara e inequívocamente cognoscible por medio de la razón.
- 3) El Derecho natural no es solamente una pauta para contrastar el Derecho positivo, sino que tiene por misión sustituir a éste en todos los casos en que se halla en contradicción con él.

Por razones que en seguida expondremos (v. *infra*, IV), no es posible considerar el Derecho natural como algo absoluto e inmutable, sino simplemente como un "Derecho natural de *contenido variable*" (Stammmler). Hasta qué punto este Derecho natural es susceptible de ser conocido objetivamente y se presta, por tanto, para ocupar el puesto del Derecho positivo, en los casos en que éste se aparte de él, lo veremos también más adelante (§§ 10, 12).

IV. La filosofía del Derecho descansa en parte sobre la "*naturaleza del hombre*" y en parte sobre la "*naturaleza de las cosas*", en parte sobre la idea del

Derecho y en parte sobre la materia de éste. La naturaleza del hombre es el factor constante y la naturaleza de las cosas el factor variable en la filosofía del Derecho.

1) Sobre la *naturaleza del hombre* descansa la idea del Derecho. La esencia del hombre es la razón. La idea del Derecho basada en la razón, es, como esta misma, algo de validez universal, pero (según Kant) puramente formal y, por tanto, incapaz de hacer brotar y desarrollarse por sí solo todo un orden jurídico, tal como intentó hacerlo el Derecho natural.

2) La *naturaleza de las cosas*, concepto que surgió ya en la antigüedad, fué colocada en el centro mismo del interés por Montesquieu. Su famosa obra *L'esprit des lois* comienza con estas palabras: "Las leyes son las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas" (acerca de "la naturaleza de las cosas" véase Radbruch, en *Festschrift für Laun*, probablemente 1947; "Rechtsidee und Rechtsstoff in der Kant-Festschrift" ["La idea del Derecho y la materia jurídica en la memoria jubilar de Kant"], en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1924).

a) "*Cosa*", en la expresión "naturaleza de las cosas", significa la materia prima, el material del Derecho, los "factores reales de la legislación" (Eugen Huber, en *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, t. I, pp. 39 ss.); dicho en otros términos, los estados naturales, sociales y jurídicos con que el legislador se encuentra y que somete a su reglamentación. Son materia del Derecho, primordialmente, los *hechos naturales*, desde la caída de la manzana al otro lado del seto, hecho importante para los efectos de las relaciones jurídicas de vecindad, hasta las rotaciones de la Tierra alrededor de sí misma y del Sol, con arreglo a las cuales se determinan los plazos y términos jurídicos. El gradual dominio de la naturaleza por el hombre, el

desarrollo de la técnica, crea nuevas materias y, por tanto, nuevos problemas jurídicos.

También representan algo natural, algo que es, las formas de convivencia establecidas por la naturaleza misma, *quod natura omnia animalia docuit: maris atque feminae coniunctio, liberorum procreatio et educatio* (Ulpiano, D. 1, 1, 3). Ahora bien, las rotaciones de la Tierra no deciden en cuanto a la regulación jurídica del tiempo directamente, sino a través de la reglamentación convencional del calendario. Tampoco las relaciones naturales de intercambio sexual y de procreación son directamente materia del Derecho, sino que lo son solamente bajo la forma de manifestaciones sociales que tienen su núcleo natural en aquéllas, bajo la forma de la monogamia o la poligamia, del matriarcado o de la familia patriarcal.

De este modo, los hechos naturales apuntan ya hacia las *preformas sociales* de las relaciones jurídicas que constituyen su materia, hacia las relaciones de la vida reguladas por el hábito, la tradición, el uso, la práctica o la costumbre. El legislador se encuentra, por ejemplo, en el panorama de la vida diaria, con tipos de negocios que recoge y convierte en base de su Derecho de obligaciones, como se encuentra también con entidades colectivas, tales como el municipio y la iglesia, que aspiran a ser reconocidas y consideradas como personas jurídicas. Se encuentra, asimismo, con actos antisociales repudiados ya por la conciencia del pueblo y para los que ésta reclama penas y prohibiciones, y con malas costumbres contra las cuales el legislador no puede luchar sin tener en cuenta que se hallan protegidas (como hasta nuestros días el duelo) por la fuerza de una práctica socialmente reconocida.

Pues bien, estas formas previas de regulación jurídica pasan al Derecho consuetudinario, sin que de él las separe ninguna frontera nítida, conduciendo con ello a un tercer grupo de hechos que entran en la

materia del Derecho: las relaciones de la vida ya reguladas jurídicamente. Cuando se habla de los hechos económicos como materia de la legislación se piensa ya necesariamente, al mismo tiempo (como ha expuesto Stammler, en su crítica de la concepción materialista de la historia), en su regulación jurídica. La influencia que la economía ejerce sobre la estructuración de las leyes es, por tanto, en realidad, la influencia de un estado jurídico existente sobre la estructuración de formas jurídicas nuevas. El Derecho vigente en el momento de legislar sigue influyendo inevitablemente en el nuevo Derecho, y no sólo a través de los llamados preceptos transitorios y bajo la forma de los derechos legítimamente adquiridos; no cabe duda de que no es lo mismo poner un Derecho nuevo en lugar del que hasta ahora ha venido rigiendo que erigir el edificio de un nuevo Derecho en un solar que jamás había sido construido jurídicamente; que, por ejemplo, las disquisiciones en torno a la abolición de la pena de muerte tengan por base un orden jurídico en que se establece la pena capital o un régimen de Derecho en que esta sanción no se conoce ni se ha conocido nunca. Al tomar en consideración también como "cosa" el estado de Derecho vigente, la "naturaleza de las cosas" se revela, al mismo tiempo, como un elemento histórico, tradicional, conservador, de la filosofía del Derecho y de la política jurídica.

b) Esto, por lo que se refiere a "cosa". ¿Y qué se entiende por "naturaleza de las cosas"? Se entiende la esencia, el sentido de las cosas, el sentido objetivo, tal como se desprende de la estructura misma de las relaciones de la vida. Es la respuesta a la pregunta de cómo esta relación de vida así estructurada puede ser pensada como realización de una determinada idea de valor.

Ahora bien, ¿hasta qué punto —y en aparente contradicción con el dualismo metodológico— es el

sentido, la idea de valor de una relación de vida existente, un factor decisivo, determinante, en cuanto al Derecho justo?

1) La naturaleza de las cosas se revela como decisiva, primeramente, en el sentido de la posibilidad de convertir en realidad determinadas ideas jurídicas. Así entendida, la naturaleza de las cosas viene a ser la resistencia que el tosco mundo opone y a la que las ideas jurídicas tienen que acomodarse más o menos, en gracia a su realizabilidad (*ratione temporum habita*). Ya Solón, preguntado si había dado a sus conciudadanos las mejores leyes imaginables, contestó de este modo: "Las mejores sencillamente no, pero sí las mejores de que ellos eran capaces". La filosofía del Derecho desemboca siempre en la política jurídica y es, al igual que la política, el "arte de lo posible". El amor "por quien apetece lo imposible", de que nos habla el poeta, no podría elevarse a lema de la filosofía del Derecho ni de la política jurídica.

2) Pero la naturaleza de las cosas no se presenta solamente bajo la forma de un obstáculo puesto a la realización de la idea del Derecho, sino que se manifiesta ya en el momento de nacer esta idea misma. Todo pensamiento jurídico lleva necesariamente en sí las huellas del "clima histórico" en que nace, permanece casi siempre circunscrito de antemano, inconscientemente, dentro de los límites de lo históricamente posible y se halla sujeto, en este sentido, a la naturaleza de las cosas.

3) Sin embargo, la importancia que la naturaleza de las cosas tiene para el legislador no obedece, en última instancia, solamente a las exigencias de lo realizable y a los límites históricos que circunscriben la formación de las ideas, sino también a la esencia de la idea misma del Derecho. Toda idea de valor está destinada a una determinada materia y se halla también, por tanto, determinada por ella. La idea de la

justicia, por ejemplo, se refiere a la convivencia y acusa claramente en su esencia misma este destino o esta función. Así como la idea que el artista se forma de su obra depende también, en parte, de la materia en que se propone ejecutarla, variando según que trate de esculpirla en mármol o de fundirla en bronce, así también toda idea de valor aparece supeditada a una determinada materia (Emil Lask) y las ideas jurídicas, en particular, aparecen esencialmente determinadas por la materia jurídica, por la época de que se trata, por el espíritu del pueblo en que surgen, en una palabra, por lo que llamamos la naturaleza de las cosas ("determinación material de la idea").

La naturaleza de las cosas sirve para descargar un poco, sin hacerla desaparecer, la tensión del esquivo dualismo entre el ser y el deber ser, entre la realidad y el valor. La idea del Derecho es también la llamada a decir la última palabra con respecto a la naturaleza de las cosas, que se mueve por el lado del ser como sentido de lo dado. Es cierto que la naturaleza de las cosas se enfrenta a la idea del Derecho con la exigencia de una estructuración sensata —con sentido— de la materia jurídica dada, pero la decisión final incumbe a la idea del Derecho. *Iurisprudentia est divinarum et humanarum rerum notitia* (naturaleza de las cosas), *iusti et iniusti scientia* (idea del Derecho).

BIBLIOGRAFÍA: Radbruch, *Rechtsphilosophie* ["Filosofía del Derecho"], 3ª ed., 1932; otras indicaciones bibliográficas, en Sauer, *Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie* ["Tratado de Filosofía del Derecho y de Filosofía social"], 1929, pp. 5 ss. Además: Karl Petraschek, *System der Rechtsphilosophie* ["Sistema de Filosofía del Derecho"], 1932; Giorgio del Vecchio, *Trattato di Filosofia del Diritto*, 3ª ed., 1936; Jennings, *Modern Theories of Law*. Londres, 1932; W. Friedmann, *Legal Theory*, 1945.

II

LA IDEA DEL DERECHO

§ 7. LA JUSTICIA

I. La pauta axiológica del Derecho positivo y meta del legislador es la justicia. La justicia es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, por tanto, en sí mismo, y no derivado de otro superior.

II. Hay que distinguir:

1) La justicia como virtud, es decir, como cualidad personal (como cualidad, por ejemplo, del juez justo), la *justicia subjetiva*, y la justicia como propiedad de una relación entre personas (la cualidad, por ejemplo, del precio justo), la *justicia objetiva*. La justicia subjetiva es la intención dirigida a la realización de la justicia objetiva, y es a ésta lo que la veracidad es a la verdad. La justicia objetiva constituye, por tanto, la forma primaria y la justicia subjetiva la forma secundaria de la justicia. La justicia objetiva es la única que aquí nos interesa.

Hay que distinguir, asimismo:

2) La justicia a tono con las exigencias del Derecho positivo, que es la *juricidad*, y la justicia como la idea del Derecho anterior y superior a la ley, o sea la *justicia en sentido estricto*. La primera es la justicia del juez; la segunda, la justicia del legislador. Esta justicia en sentido estricto es la que aquí nos interesa.

III. La médula de la justicia es la idea de *igualdad*. Desde Aristóteles, se distinguen dos clases de justicia, en cada una de las cuales se plasma bajo una forma distinta el postulado de la igualdad: *La justicia con-*

mutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación, por ejemplo, entre la mercancía y el precio, entre el daño y la reparación, entre la culpa y la pena. La *justicia distributiva* preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, por ejemplo, el reparto entre ellas de los tributos fiscales con arreglo a su capacidad de tributación, su promoción a tono con su antigüedad en el servicio y con sus méritos. La justicia conmutativa presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí; la justicia distributiva, por el contrario, presupone tres personas, cuando menos: una persona colocada en un plano superior y que impone cargas o confiere beneficios a dos o más subordinadas a ella. Si consideramos el Derecho privado como el Derecho entre personas equiparadas y el Derecho público como el que rige entre personas supraordinadas y subordinadas, tendremos que la justicia conmutativa es la justicia propia del Derecho privado y la distributiva la característica del Derecho público. La equiparación jurídica propia del Derecho privado es el resultado de un acto de justicia distributiva, pues para que la justicia conmutativa pueda llegar a aplicarse es necesario que se les reconozca capacidad jurídica igual a las personas interesadas en ella. Por donde la justicia distributiva, el *sum cuique*, es la forma primaria, y la justicia conmutativa una forma derivada de la justicia.

IV. Aunque la justicia, bajo estas dos formas, constituye un valor absoluto, no derivable de otro superior, al igual que el bien, la verdad y la belleza, no siempre la igualdad que en la justicia va implícita se apoya psicológicamente en motivos éticos. La igualdad es, no pocas veces, una aspiración de la envidia, deseosa de disfrutar de los mismos favores que los privilegiados; del despecho, que lleva a los de abajo a exigir que los privilegiados se vean rebaja-

dos a su misma situación; de la perversidad, feliz de ver a otros caer en la fosa que ellos mismos se cavan; del espíritu de venganza, ansioso por inferir al autor de un daño otro igual al recibido de él. Por donde la realización de la justicia es, en el fondo, un ejemplo de aquella "astucia de la idea" de que habla Hegel y que consiste en tomar a su servicio a la pasión, para poder realizarse.

V. La justicia entraña una tensión incancelable: su esencia es la igualdad; reviste, por tanto, la forma de lo general y aspira siempre, sin embargo, a tener en cuenta el caso concreto y al individuo concreto, en su individualidad. Esta justicia, proyectada sobre el caso concreto y el hombre concreto, recibe el nombre de *equidad*. Sin embargo, el postulado de la equidad no puede llegar a realizarse nunca por entero; una justicia individualizada es una contradicción consigo misma, pues la justicia requiere siempre normas generales. No obstante, esta generalidad conoce y admite grados, y la misma especialidad es siempre, a pesar de todo, una forma de lo general, algo que se acerca progresivamente a la individualización, sin llegar a alcanzarla nunca por completo. De aquí que la tendencia equitativa de la justicia sólo se realice de un modo parcial en la especialización, operándose una especie de compensación entre la más amplia generalización y la individualización más completa cuando, por ejemplo, el principio de la igualdad de las personas en Derecho civil es sustituido, en el Derecho del trabajo, por la distinción entre obreros y patronos.

VI. La idea de justicia es una idea formal. No da respuesta a dos preguntas, sino que las presupone más bien como no contestadas. Supone trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales, con arreglo a la misma pauta, pero sin que pueda

decirnos 1) a quién debe considerarse igual y a quién desigual, ni 2) cómo han de ser tratados los iguales y los desiguales. La igualdad es siempre la abstracción de la desigualdad existente, pues las cosas y los hombres de este mundo se parecen tan poco entre sí "como un huevo a otro huevo". Si dos autores del mismo hecho criminoso deben sufrir la misma pena, por haber cometido el mismo delito, o deben ser tratados de diferente modo, atendiendo a sus antecedentes distintos y a su distinta peligrosidad, esta cuestión de igualdad o desigualdad, tiene que ser resuelta con arreglo a consideraciones teleológicas previas, es decir, antes de que la justicia pueda emitir su fallo. Y tampoco es posible derivar de la justicia misma el tipo de la pena ni la cuantía absoluta de ella. La justicia puede solamente determinar la medida relativa de las penas dentro de un sistema penal dado, pero no establecer el sistema penal mismo. No es la justicia la llamada a decidir si el sistema de penas vigente debe culminar en la más grave de las penas, la de muerte, y comenzar con una pena de prisión, o si debe más bien tener como remate de la escala punitiva la pena de cadena perpetua y como primer escalón, por abajo, una mínima multa. Lo único que la justicia puede hacer es determinar, dentro de una escala de penas ya dada, el punto que corresponde al grado de culpa o peligrosidad del sujeto activo. La justicia sólo puede determinar la forma de la ley: el que ésta sea igual para todos los considerados como iguales y revista, por tanto, la forma de la generalidad. No puede decirnos nada, en cambio, en cuanto al contenido de tales leyes generales, valederas por igual para todos los equiparados como iguales.

VII. No queremos, con ello, decir, naturalmente, que no haya también normas jurídicas, determinadas en cuanto al contenido, que puedan derivarse única y exclusivamente de la idea de justicia. Existen, pre-

cisamente, normas jurídicas acerca de la aplicación del Derecho que pueden derivarse exclusivamente de la idea de justicia, incluso en lo tocante a su contenido, como ocurre, por ejemplo, con las normas sobre la independencia del poder judicial o con las que declaran inadmisibles la imposición de una pena definitiva sin conceder al condenado una posibilidad de defensa previa: trátase de simples postulados de justicia, que, por virtud de ello, revisten un carácter absoluto, como la justicia misma. Pero la gran mayoría de las normas jurídicas sólo recibe de la idea de justicia su forma, la igualdad de trato para todos y la generalidad de la reglamentación legal. Su contenido debe determinarse, en cambio, por otro principio que, por eso mismo, forma parte también de la idea del Derecho: el principio de la adecuación a fin.

BIBLIOGRAFÍA: Giorgio del Vecchio, *La giustizia*, 2ª ed., 1924; Nef, *Gleichheit und Gerechtigkeit* ["Igualdad y justicia"], 1941; Emil Brunner, *Gerechtigkeit* ["Justicia"], 1943; Radbruch, en *Justice and Equity* (The New Commonwealth Institute Monograph), 1935.

§ 8. LA ADECUACIÓN A FIN

I. La justicia, para poder derivar de ella las normas jurídicas, tiene que complementarse con otro factor: finalidad o adecuación a un fin. Por "fin en el Derecho" no debe entenderse, sin embargo, para estos efectos, un fin empíricamente perseguido, sino la *idea de fin*, de lo que debe ser. Mientras que el concepto de la justicia es incumbencia de la filosofía del Derecho, la idea de fin tiene que tomarla el Derecho de la ética. La ética se divide en dos partes: la teoría de los deberes y la teoría de los bienes. Bienes morales son los valores que forman el contenido de los

deberes impuestos por la moral. El fin del Derecho puede hacer referencia tanto a los bienes como a los deberes morales.

II. La teoría de los bienes morales distingue tres grupos de valores, con arreglo a la naturaleza de sus soportes o exponentes. Es exponente del primer grupo la *personalidad individual*, del segundo la *personalidad colectiva* y del tercero la *obra cultural*. Según la jerarquía de estas tres clases de valores, distinguimos tres sistemas de valores: el *individualista*, que aprecia los valores de la personalidad individual; el *supraindividualista*, que reconoce los valores de las personalidades colectivas, y el *transpersonalista*, que proclama como supremos bienes los valores de la cultura.

Las formas de convivencia que corresponden a los tres exponentes de valores señalados son la "*sociedad*" individualista, la "*colectividad*" supraindividualista, y la "*comunidad*" transpersonal. Para ilustrar plásticamente estas ideas debemos representarnos la sociedad como una *relación contractual*, la colectividad como un *organismo*, a la manera del cuerpo humano, y la comunidad de creación de obras de cultura bajo la forma de un *edificio en construcción* en que los canteros, arquitectos, maestros de obras y demás operarios no se relacionen directamente de individuo a individuo, sino indirectamente, a través de su obra común.

Los ideales de estas tres formas sociales de la convivencia humana son, expresados bajo forma de tópicos, éstos: la *libertad*, el *poder* y la *cultura*, respectivamente. El ideal individualista, la libertad, cobra cuerpo, para traducirlo al lenguaje político, en los partidos liberales, en los democráticos y en los socialistas. Según la concepción *liberal*, el valor de la personalidad es —matemáticamente hablando— un valor infinito, no susceptible ya, por tanto, de multiplica-

ción, y tiene derecho a imponerse a cualquier interés mayoritario, por grande que la mayoría sea. El pensamiento *democrático*, en cambio, sólo atribuye a la personalidad un valor finito, lo que vale tanto como decir que, sumados los valores de la personalidad de una mayoría, valen más que los de la minoría. Mientras que la democracia sólo confiere al hombre una libertad formal, jurídica, el *socialismo* postula una democracia material, es decir, la libertad económica, efectiva, para el individuo, aunque sin alejarse por ello de la meta final individualista.

La teoría orgánica, supraindividualista, constituye, por el contrario, la base de los partidos *autoritarios* o *conservadores*, para los que el Estado, el todo, no existe en gracia a sus miembros, sino que, por el contrario, son éstos los que existen en función de aquél, estando las funciones del Estado por encima de los intereses de sus ciudadanos, incluso de la mayoría de ellos.

Finalmente, la concepción *transpersonal* no ha llegado a tomar cuerpo en la doctrina de ningún partido. Constituye, sin embargo, la única pauta de que disponemos para poder valorar históricamente, al cabo de los siglos, la obra de los pueblos desaparecidos, ya que lo único que de ellos sobrevive son los valores culturales.

III. El orden jerárquico de las tres clases de valores no puede determinarse de un modo inequívoco y susceptible de prueba. Los fines y valores supremos del Derecho no sólo varían con arreglo a los estados sociales de los distintos tiempos y los distintos pueblos, sino que son enjuiciados, además, subjetivamente, de diferente modo según las personas, con arreglo a su sentimiento del Derecho, a su manera de concebir el Estado, a su posición de partido, a su credo religioso o a su concepción del mundo. La decisión tiene que tomarla el individuo, descendiendo hasta la entraña

de su propia personalidad, como un asunto privativo de su conciencia. La ciencia tiene que limitarse a presentar ante el hombre estos tres grupos de valores, para que él tome una decisión. Y contribuye a esta decisión de tres maneras: 1) desarrollando de un modo sistemático y completo las posibles valoraciones; 2) exponiendo los medios para su realización e, indirectamente, las consecuencias a que conducen; 3) poniendo al descubierto las particulares concepciones del mundo que sirven de base a toda actitud valoradora. Este *relativismo* enseña al individuo, por tres caminos, si no a conocer lo que debe hacer, sí a saber lo que realmente quiere, es decir, lo que consecuentemente debe querer, siempre y cuando que se someta a la ley de la consecuencia en sus actos.

IV. Si el problema de los bienes supremos a que también debe aspirar el Derecho nos obliga a una resignación relativista, de la teoría sobre la esencia general del deber —cualquiera que sea el modo como se determine su contenido— se derivan ciertas exigencias absolutas para el Derecho. Es claro que el Derecho no puede imponerse la misión de servir directamente al cumplimiento de los deberes éticos: el cumplimiento de los deberes de la ética es, por la fuerza del mismo concepto, obra de la libertad, que no es posible, por tanto, imponer mediante la coacción jurídica. Ahora bien, si el Derecho no puede imponer el cumplimiento de los deberes éticos, sí puede hacerlo posible: el Derecho es la posibilidad del cumplimiento de los deberes morales o, dicho en otros términos, la medida de la libertad exterior sin la que no podría existir la libertad interior necesaria para las decisiones éticas. La garantía de aquella libertad externa constituye la esencia y la médula de los *derechos del hombre*. De donde se deduce que estos derechos tienen un carácter absoluto; pero no porque hayan tomado cuerpo de Derecho positivo, bajo esta o aquella ver-

sión, sino porque son necesarios para dar paso al cumplimiento de los deberes morales.

Con lo cual se demuestra y justifica, hasta cierto punto, la necesidad del liberalismo, como factor necesario en toda concepción democrática o socialista, e incluso en la concepción autoritaria del Estado. Pero, de otra parte, se comprende, asimismo, por qué el liberalismo no puede crear de por sí un orden jurídico y estatal completo, pues es, simplemente, una modificación de toda concepción del Estado, cualquiera que ella sea. Toda concepción del Estado abriga, por tanto, una tensión fecunda, bien entre liberalismo y democracia, bien entre liberalismo y socialismo, bien, por último, entre liberalismo y conservadurismo. La llamada a decidir acerca de la relación axiológica entre los derechos del hombre y el todo supraindividual que forma el pueblo es la justicia distributiva. Pero sería un Derecho absolutamente injusto la total negación de los derechos del hombre, ya situándose en el punto de vista superior al individuo ("tú no eres nada; tu pueblo lo es todo") ya abrazando el punto de vista transpersonal ("una sola estatua de Fidias justifica y compensa toda la miseria de los millones de esclavos de la antigüedad": Treitschke).

BIBLIOGRAFÍA: Radbruch, "Le relativisme", en *Archives de Philosophie du droit*, 1936.

§ 9. LA SEGURIDAD JURÍDICA

I. El problema del fin del Derecho, planteado por relación a los bienes éticos, tenía que desembocar necesariamente en el relativismo. Y en la imposibilidad de *definir* el Derecho justo, por esa razón, hay que conformarse, por lo menos, con *estatuirlo*, por me-

dio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para *imponer* lo estatuido. No es otra la justificación del Derecho positivo, pues la exigencia de la seguridad jurídica sólo puede ser cumplida mediante la positividad del Derecho. Surge así, como tercer elemento de la idea del Derecho, un nuevo factor: la *seguridad jurídica*.

II. Entendemos por seguridad jurídica, no la *seguridad por medio del Derecho*, la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etc. —pues ésta va ya implícita en el concepto de la adecuación a fin—, sino la *seguridad del Derecho* mismo. La cual requiere a su vez, cuatro condiciones, a saber:

1) que el Derecho sea positivo, que se halle estatuido en leyes;

2) que este Derecho estatuido sea, por su parte, un Derecho seguro, es decir, un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de la "buena fe" o el de las "buenas costumbres";

3) que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean "practicables"; para ello no hay más remedio que aceptar, a veces, conscientemente, su tosquedad, como cuando, por ejemplo, se suplen los hechos verdaderamente buscados por ciertos síntomas exteriores, que es lo que se hace, v. gr., al supeditar la capacidad de obrar, no al grado de madurez interior del individuo, sino a un determinado límite de edad, que la ley fija por igual para todos;

4) finalmente, el Derecho positivo —si se quiere garantizar la seguridad jurídica— no debe hallarse expuesto a cambios demasiados frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelar cada

caso concreto en forma de ley: los *checks and balances* —frenos y contrapesos— de la teoría de la división de poderes y la morosidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica.

III. La seguridad jurídica reclama, pues, la vigencia del Derecho positivo. Pero la necesidad a que responde la seguridad jurídica puede hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos y hasta que, por muy paradójico que ello parezca, el desafuero cree Derecho. Hay estados de hecho, como el *status quo* en Derecho internacional o la *posesión* en Derecho civil, que gozan de protección jurídica sin necesidad de que se asienten sobre una base de Derecho. La *prescripción* adquisitiva o extintiva no significa otra cosa que la transformación en estado de Derecho de una situación antijurídica, mediante el transcurso de un determinado período de tiempo. En gracia a la seguridad jurídica, es decir, para cerrar el paso a interminables disputas, hasta las sentencias judiciales erróneas adquieren el valor de *cosa juzgada* y, en ciertos países, por la fuerza del precedente, sirven incluso de norma para el fallo de futuros litigios. Las prácticas contrarias a ley se convierten en Derecho al elevarse a *costumbre*, pudiendo incluso dejar fuera de combate a las leyes que se interpongan en su camino. La *revolución*, es decir, la alta traición, es un delito cuando no triunfa, pero si logra el triunfo, se convierte en base para un nuevo Derecho. Es también la seguridad jurídica la que, en estos casos, convierte en nuevo Derecho la conducta antijurídica. Los gobiernos revolucionarios se legitiman cuando se demuestran capaces para mantener la paz y el orden. Por eso, al día siguiente de triunfar la revolución, todos los gobiernos revolucionarios suelen proclamar que el orden y la paz (perturbados por la alta traición) serán garantizados enérgicamente.

Como vemos, la idea de la seguridad jurídica hace que entre el poder y el Derecho se creen relaciones extraordinariamente paradójicas: no puede decirse que el poder se anteponga al Derecho, pero sí que el poder triunfante crea, en muchos casos, un estado de Derecho nuevo.

IV. En la jurisprudencia inglesa, la idea de la seguridad jurídica tiene rango preferente por sobre los demás elementos de la idea del Derecho, y un jurista inglés tan descollante como Bentham (1748-1832) entona un verdadero panegírico al postulado de la seguridad jurídica. Gracias a ella podemos, nos dice, prever el futuro y, por tanto, tomar nuestras disposiciones para él; es la base sobre que descansan todos los planes, todo trabajo y todo ahorro; hace que la vida no sea simplemente una sucesión de instantes, sino una continuidad, y que la vida del individuo entre como un eslabón en la cadena de las generaciones; es la característica distintiva de la civilización, lo que distingue al hombre culto del salvaje, la paz de la guerra, al hombre de la bestia. En cambio, Jacobo Burckhardt se ha burlado, a veces, de lo que él llama la "seguridad burguesa", poniendo de relieve los grandes momentos de florecimiento de la cultura que se han dado precisamente en períodos de falta de seguridad. Es posible que durante aquel período de paz extraordinariamente largo que duró desde 1871 a 1914, las gentes llegaron a cansarse de una seguridad y una estabilidad tan persistentes; nuestra experiencia es cabalmente la contraria, y ello nos enseña a medir y apreciar, hoy, en su verdadero valor el bien de la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA: Germann, "Rechtssicherheit" ["Seguridad jurídica"], en *Methodische Grundfragen*, Basilea, 1946.

§ 10. LA JERARQUÍA DE LAS IDEAS DE VALOR

Hemos visto que las tres ideas de valor señaladas en páginas anteriores necesitan complementarse entre sí, que el carácter formal de la justicia requiere, para poder cobrar un contenido, la idea de fin, del mismo modo que el relativismo de esta idea reclama, a su vez, para contrarrestarlo, el carácter positivo y la seguridad del Derecho. Estas tres ideas de valor se complementan mutuamente, pero al mismo tiempo se contradicen entre sí.

I. *Salus populi suprema lex esto*, se dice, de una parte, lo que equivale a sostener que sólo importa el final; *iustitia fundamentum regnorum*, se contesta a ello: la justicia es base y fundamento de todo Derecho. De un lado se dice: *fiat iustitia, pereat mundus*, o sea: el Derecho positivo tiene que regir y aplicarse, aun a costa de sacrificar todos los demás valores jurídicos; de otro lado se afirma que el Derecho positivo, al imponerse de un modo incondicional, podría degenerar por sí mismo en la injusticia: *summum ius, summa iniuria*. Existen, por tanto, en el seno de la idea del Derecho, antagonismos latentes que reclaman una solución.

II. Desde 1933 a 1945 (nos referimos a Alemania), se proclamó en todos los tonos que era Derecho cuanto convenía y beneficiaba al pueblo. Acentuábase con ello, bajo la forma más extrema, la idea supraindividualista del fin, el punto de vista intransigente del bien común y del poder, la total negación de los derechos individuales del hombre. He aquí un ejemplo de la exaltación de la idea de fin por encima de la justicia. Es ésta, en efecto, la llamada a establecer la relación de valor entre la individualidad y la colectividad. La justicia está, por tanto, o debe estar, por

encima del fin. Y también debe anteponerse a éste el postulado de la seguridad jurídica. Pues no es posible fijar la adecuación a fin con validez universal. De aquí que una adecuación a fin supuesta o pretextada no pueda nunca distinguirse de la arbitrariedad. Y la esencia y razón de ser de la seguridad jurídica estriban precisamente en estatuir un Derecho claro e inequívoco frente a las distintas exigencias de finalidad en pugna.

III. El conflicto más importante es el que media entre la justicia y la seguridad jurídica. La seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto; y, por otra parte, la aplicación uniforme de un Derecho injusto, su aplicación igual lo mismo hoy que mañana, su aplicación a unos y a otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia; lo que ocurre es que, en este caso —medido por el rasero de la justicia—, lo injusto se reparte justamente y por igual entre todos, por donde el restablecimiento de la justicia requiere, ahora, antes de nada, un trato desigual, es decir, una injusticia. Siendo, por tanto, la seguridad jurídica una forma de la justicia, tenemos que la pugna de la justicia con la seguridad jurídica representa un conflicto de la justicia consigo misma. Por eso este conflicto no puede ser resuelto de una manera unívoca. Trátase de una cuestión de grado: allí donde la injusticia del Derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia. Sin embargo, por regla general, la seguridad jurídica que el Derecho positivo confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del Derecho positivo en cierta medida injusto:

legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec iusta esse posset (Bacon).

BIBLIOGRAFÍA: Radbruch, "Le but du droit", en *Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit*, 1937-38.

vaciones que este proceso ha introducido en el campo del Derecho internacional sólo se confirmarán y revalidarán como tales siempre y cuando que en lo futuro sean aplicadas no por un tribunal militar de las potencias vencedoras contra los gobernantes y los súbditos de un Estado vencido, sino por un auténtico tribunal internacional contra delincuentes no vencidos y poderosos. Así lo declaró paladinamente el fiscal norteamericano, Robert H. Jackson, al manifestar, en su primer alegato ante el tribunal militar internacional: "Aunque esta ley se aplique aquí, por vez primera, a los agresores alemanes. incluye también y debe, si realmente ha de servir de algo, condenar los actos de agresión de cualesquiera otras naciones, sin excluir a las que hoy se sientan aquí como jueces".

§ 36. EL DERECHO SUPRALEGAL

BIBLIOGRAFÍA: Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" ["Desafuero legal y Derecho supralegal"], en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946.

El positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula de "la ley es la ley", dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley. Y no sólo eso, sino que esa mentalidad positivista superviviente opone todavía dificultades cuando se trata de paliar los efectos de aquellos desafueros legales.

El derrumbamiento del Estado nazi, basado en la negación del Derecho, coloca continuamente a la judicatura alemana ante preguntas que el caduco, pero aún vivo positivismo, no sabrá nunca contestar. He

aquí algunas de ellas: ¿Deben mantenerse en vigor las medidas adoptadas en cumplimiento de las leyes raciales de Nuremberg? ¿Siguen teniendo validez jurídica, hoy, los actos de confiscación de las propiedades de los judíos, realizados en su día al amparo del que era Derecho vigente en el Estado nazi? ¿Deberemos considerar firme y jurídicamente válida la sentencia por la que la judicatura del Estado nazi, a tono con la legislación vigente en él, condenó a muerte, como delito de alta traición, el simple hecho de escuchar una emisora de radio enemiga? ¿Deberemos reputar ajustada a la ley la denuncia que en su día inició el proceso criminal coronado por esta sentencia? ¿Sigue teniendo el valor de una ley, para nosotros, aquel borrador informal con que Hitler, mediante la conminación del más riguroso de los secretos, desencadenó el asesinato en masa en cárceles y prisiones? ¿Nos consideramos obligados, todavía hoy, a dejar impune un acto punible por el hecho de que se halle amparado por una amnistía mediante la cual el partido encaramado en el poder declaró sustraídos a la acción penal los actos criminales perpetrados por él mismo? ¿Merece la calificación de "Estado", en el sentido jurídico de la palabra, un Estado que equivale a la dominación de un solo partido, que condena a la muerte a todos los demás y que representa, en general, la negación del Derecho mismo?

El positivismo jurídico heredado del pasado remitiríase, para contestar a todas estas preguntas o a cualquiera de ellas, a lo contenido en la ley. Y es cierto que una parte de los problemas planteados por las dichas preguntas ha sido resuelta por las leyes de la zona norteamericana de ocupación sobre la reparación de los desafueros de los nazis y el castigo de los actos punibles cometidos por ellos, mientras que otra parte ha encontrado su respuesta en el Estatuto de Nuremberg y en la ley sobre el Consejo de Control. Pero a esto opone la misma mentalidad positivista

otra objeción, y es que las tales leyes se atribuyen fuerza retroactiva. Para contestar a esta objeción basta con decir que, si no las leyes mismas, por lo menos su contenido se hallaba ya en vigor al producirse aquellas situaciones, al cometerse aquellos desafueros; dicho en otros términos, que estas leyes responden, por su contenido, a un Derecho superior a la ley, supralegal, cualquiera que sea la concepción que de este Derecho tengamos en lo particular, ya lo concibamos como un Derecho divino, como un Derecho de la naturaleza o como un Derecho de la razón.

Por donde vemos cómo, a la vuelta de un siglo de positivismo jurídico, resucita aquella idea de un Derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a Derecho, como desafueros bajo forma legal. Hasta qué punto deba atenderse a la justicia cuando ésta exija la nulidad de las normas jurídicas contrarias a ella, y en qué medida debe darse preferencia al postulado de la seguridad jurídica, si ésta impone la validez y el reconocimiento del Derecho estatuido, aun a trueque de su injusticia, son problemas que hemos examinado y procurado ya resolver en páginas anteriores. El camino para llegar a la solución de estos problemas va ya implícito en el nombre que la Filosofía del Derecho ostentaba en las antiguas Universidades y que, tras muchos años de desuso, vuelve a resurgir hoy: en el nombre y en el concepto de *Derecho natural*.